《民法典》与农村土地权利体系:从归属到利用

高 圣 平

(中国人民大学 民商事法律科学研究中心,北京 100872)

摘　要:《民法典》基于新一轮土地制度改革的成果,重构了农村土地权利体系。从归属意义上,《民法典》首先明确集体土地所有权的主体是“农民集体”,但由集体经济组织代表集体行使土地所有权,如未设立集体经济组织,则由村民委员会或者村民小组代表集体行使土地所有权;其次强调土地承包经营权和宅基地使用权的身份属性,体现保障目标。与此同时,为规范对农村土地的利用关系,增设土地经营权制度,以体现农用地“三权分置”改革的基本精神;规定集体建设用地使用权的法律适用,为建立健全城乡统一的建设用地市场提供法律支撑;明确宅基地使用权的取得、行使和转让,适用土地管理的法律和国家有关规定,为宅基地“三权分置”改革留下空间。

关键词: 集体土地所有权;土地承包经营权;土地经营权;建设用地使用权;宅基地使用权

中图分类号:D 923　　**文献标识码:**A　　**文章编号:**1000-5919(2020)06-0143-12

在人与资源的关系日益紧张、追求物的价值最大化的呼声与日俱增的现代社会,物权秩序的重心也逐渐由“归属”走向“利用”①,农村土地物权的制度变迁亦然。《民法典》第 205 条规定:“本编调整因物的归属和利用产生的民事关系。”前者强调物的静态安全,旨在定分止争;后者强调物的动态利用,力促物尽其用。②就农村土地权利体系而言,集体土地所有权的归属与我国社会主义基本经济制度(《民法典》第 206 条)紧密相联,自党的十八大以来的农村土地制度改革的重心,也就置重于农村土地的利用关系。③一系列的改革政策经由试点已经取得了可复制、可推广的经验,并在《农村土地承包法》《土地管理法》修订中予以部分反映。作为调整民事法律关系的基本法律,《民法典》也应回应这些改革成果。在总结有关改革试点实践经验的基础上,结合前述两法修改的审议情况、各方面提出的意见和基层调研情况,《民法典》物权编对《物权法》的相关制度作了相应修改。

一、集体土地所有权规则:归属清晰的政策目标

集体所有制作为公有制的一部分,在《民法典》上的表达就是集体所有权。《中共中央、国务院关于稳步推进农村集体产权制度改革的意见》(以下简称《农村集体产权改革意见》)提出的农村集体产权制度改革的基本原则之一就是坚守法律政策底线,“坚持农民集体所有不动摇,不能把集体经济改弱了、改小了、改垮了,防止集体资产流失”。在政治逻辑上,集体土地所有权是我国土地社会主义公有制的重要体现;在法权逻辑上,集体土地所有权是土地承包经营权、集体建设用地使用权、宅基地使用权等用益物权的“母权利”;在实践逻辑上,集体土地所有权是推进集体产权制度改革的权利基础,是实现承包

收稿日期:2020-09-20

作者简介:高圣平,男,湖北仙桃人,中国人民大学民商事法律科学研究中心研究员。

基金项目:国家社科基金重大项目“农村集体产权制度改革的法治保障研究”(项目编号:19ZDA156)。

① 我妻荣:《新订物权法》,罗丽译,北京:中国法制出版社 2008 年版,第 2 页。

② 谢鸿飞:《〈民法典〉物权配置的三重视角:公地悲剧、反公地悲剧与法定义务》,《比较法研究》2020 年第 4 期,第 64—77 页。

③ 值得注意的是,《民法典》物权编并不调整所有的农村土地利用关系。在土地利用关系的二元化格局之下,《民法典》物权编仅及于其中物权性的利用关系,而债权性利用关系则由《民法典》合同编予以调整。

地、宅基地和集体建设用地等相关制度改革的重要保障。

《民法典》第 260 条第 1 项规定,“法律规定属于集体所有的土地和森林、山岭、草原、荒地、滩涂”属于“集体所有的不动产和动产”。这里的“法律规定”,主要是指《宪法》第 10 条第 2 款和《土地管理法》第 9 条的规定。《民法典》第 261 条第 1 款进一步规定:“农民集体所有的不动产和动产,属于本集体成员集体所有。”从文义上看,集体土地所有权的主体是“集体”,而“集体”由“本集体成员”构成。这在一定程度上解决了农民集体所有权权利主体虚位以及农民集体成员权利保护不力的问题,但这并不表明集体成员就集体财产形成共有关系,集体成员不能独自对集体财产行使权利,离开集体时也不能请求分割集体财产。

为解决集体土地所有权的行使问题,《物权法》第 60 条明确了由集体经济组织或村民委员会等代表集体行使土地所有权。如此,在设立土地承包经营权、土地经营权、集体建设用地使用权之时,代表集体签订土地承包合同、土地经营合同、集体建设用地出让(出租)合同的就是集体经济组织或者村民委员会、村民小组。但代表集体行使土地所有权的,究竟是集体经济组织,还是村民委员会(村民小组),《物权法》在两者之间使用的是“或者”,在解释上是两者均可。在实践中,代表集体与土地使用人签订集体建设用地出让合同的,既有集体经济组织,又有村民委员会,直接导致同一块上并存两个集体建设用地使用权。

针对这种情况,《农村集体产权改革意见》指出:“属于村农民集体所有的,由村集体经济组织代表集体行使所有权,未成立集体经济组织的由村民委员会代表集体行使所有权;分别属于村内两个以上农民集体所有的,由村内各该集体经济组织代表集体行使所有权,未成立集体经济组织的由村民小组代表集体行使所有权;属于乡镇农民集体所有的,由乡镇集体经济组织代表集体行使所有权。”这里将集体经济组织和村民委员会作了相应的区分。两者是《民法典》上的两类不同性质的法人,各有其职能和职责。代表集体行使土地所有权,应属经济职能,在解释上应由集体经济组织为之。但并非所有的集体均成立了集体经济组织,因此,在未成立集体经济组织的情形之下,由村民委员会或者村民小组代表集体行使所有权。如此一来,《物权法》第 60 条第(一)(二)项中规定的“村集体经济组织或者村民委员会”“村内各该集体经济组织或者村民小组”之间就不存在自由选择关系,而有了顺序上的区分:成立了集体经济组织的,由集体经济组织代行集体所有权,仅在未成立集体经济组织的情形之下,才由村民委员会或者村民小组代行集体所有权。

为反映这一改革成果,与《物权法》第 60 条相比,《民法典》第 262 条第(一)(二)项均增加了“依法”。这里的“依法”,目前是指《民法典》第 101 条第 2 款。即未设立集体经济组织的,村民委员会可以依法代行集体经济组织的职能。在解释上,未设立村内集体经济组织的,村民小组可以依法代行村集体经济组织的职能。在《民法典》之下,农村集体经济组织和村民委员会均为特别法人,其中,前者是指在乡镇人民政府管辖的区域,以村民小组、行政村、乡镇等社区为单位建立,管理集体资产、开发集体资源、发展集体经济和服务集体成员的经济组织,而后者则是村民自我管理、自我教育、自我服务的组织,负责办理本社区的公共事务和公益事业,同时担负一定的社会服务和联结人民政府与群众管理工作。在实践中,许多村没有成立集体经济组织,难以代行集体所有权,需要由行使自治权的村民委员会来代行集体所有权。① 因此,代表集体行使土地所有权的,原则上是村集体经济组织、村内集体经济组织、乡镇集体经济组织,未设立村集体经济组织或者村内集体经济组织的,是村民委员会或者村民小组。

由于民事立法上并没有规定“集体”这类民事主体,理论和实践中对于集体土地所有权的主体存在

① 黄薇主编:《中华人民共和国民法典解读·物权编》,第 133 页。

不同认识。一种观点认为,集体土地的所有权人应为农民集体,而不是农村集体经济组织①;另一种观点则认为,集体不是民法上的主体,集体经济组织在法人化的背景下具有民事主体地位,是集体所有权的权利主体。② 集体经济组织法人是农民集体作为民事主体在法律上的表现形式。③ 这一学说争议也体现在集体资产确权过程中。国土资发[2011]60 号文件以及《广东省农村集体经济组织管理规定》《湖北省农村集体“三资”管理办法》《浙江省农村集体资产管理条例》等地方规范明确集体经济组织为集体土地所有权主体,但国土资发[2011]178 号文件规定将集体土地所有权确认到农民集体,很多地方的确权实践也表明农民集体作为集体所有权人具备可操作性。浙江宁波、黑龙江哈尔滨、江西安乐等地在确权颁证工作中将集体土地所有权人一栏登记为“XX 村(组、乡)农民集体”。

笔者认为,即使《民法典》将集体经济组织规定为特别法人,集体和集体经济组织之间也不具有同一性。农民集体的存在具有普遍性,而集体经济组织的存在具有或然性。在我国农村,一定地域范围内的农民个体集合形成集体,在该地域中农民集体是唯一且必然存在的。集体经济组织是否设立则在不同地区具有不同的表现,《民法典》第 101 条第 2 款“考虑到目前还有的地方并未设立农村集体经济组织,而是由村委会代行农村集体经济组织职责”④,对未设立集体经济组织的情形做了针对性规定。此外,农民集体成员和集体经济组织成员也不同。农民集体成员是构成农民集体的组成部分,是集体所有制下占有、使用生产资料的劳动群众的体现。在高级社至人民公社时期,集体经济组织成员和农民集体成员具有高度重合性,同时基于当时严格的城乡区隔体制和户籍制度,两者与户籍亦具有高度重合性。但随着城乡人口流动,户籍制度松动,两者亦逐渐出现相互偏离。集体经济组织成员确认最初以户籍为标准,后来随着城乡格局变迁,各地在实践中不断探索集体经济组织成员资格确认的方式和标准,是否持有当地农业户籍、是否拥有承包地等不再被严格视为集体经济组织成员确认标准,是否享受城镇居民社会保障、是否长期稳定地在当地生活工作等因素则被作为界定集体经济组织成员资格的考量标准。可见,集体经济组织成员的范围已经较大程度上偏离了集体所有权形成时期的社员范围。在集体产权改革试点实践中,集体经济组织则开始了自治性、开放性的探索,成员资格可通过申请并由团体决议的方式获得。这也就意味着,在特别法人的制度构建下,非本集体的成员,甚至城镇居民或工商资本,可以通过出资等方式申请加入集体经济组织。

由此可见,从《民法典》相关规范的体系解释来看,农民集体不同于集体经济组织。集体土地所有权的主体是农民集体,而不是农村集体经济组织。集体经济组织仅仅只是集体所有权的行使代表。“‘农民集体’不是指乡(镇)、村或村以内的农村集体经济组织,也不是指某级行政组织如乡(镇)政府或某级自治组织如村民委员会。”⑤在特别法人制度背景下,若集体经济组织就是农民集体,则意味着集体土地为该法人所有,形成法人的私有财产外观,与公有制有所背离。

否认农民集体作为集体所有权主体的一个主要理由,是认为农民集体是抽象的、没有法律人格的农民集合群体⑥,既缺乏清晰的边界与明确的主体范围,也没有完善的治理机制。笔者认为,虽然农民集体与民法上其他主体存在差异,但仍具有法律上的确定性和实践上的可行性,是具有中国特色的一种民

---

① 韩松:《论成员集体与集体成员——集体所有权的主体》,《法学》2005 年第 8 期,第 41—50 页;吴昭军:《农村集体经济组织“代表集体行使所有权”的法权关系界定》,《农业经济问题》2019 年第 7 期,第 37—46 页。

② 陈小君等:《我国农村集体经济有效实现的法律制度研究——理论奠基与制度构建》,北京:法律出版社 2016 年版,第 216 页。

③ 李适时主编:《中华人民共和国民法总则释义》,北京:法律出版社 2017 年版,第 311—312 页。

④ 黄薇主编:《中华人民共和国民法典解读·总则编》,北京:中国法制出版社 2020 年版,第 297 页。

⑤ 江必新主编:《最高人民法院关于审理涉及农村集体土地行政案件若干问题的规定理解与适用》,北京:中国法制出版社 2013 年版,第 9 页。

⑥ 胡君、莫守忠:《集体土地所有权主体的反思与重构》,《行政与法》2005 年第 12 期,第 85—89 页。

事主体。农民集体可以确定边界和范围。“集体所有是自然人作为民事主体享有民事权利的特殊形式。这种特殊性体现在它与单个自然人的不同,而是个人的集体。成员个人于集体之中享有集体的所有权,集体所有权由集体成员个人联合起来以集体的名义所享有”。① 因此,农民集体的主体确定仰赖于其成员的确定。“集体所有权的明确性不能以私人所有权的明确性为判断标准。我国已经明确了集体所有权的主体是本集体成员,因此要明确了特定的农民集体的集体成员资格,明确了成员集体的团体性及其形式,明确了集体所有权行使中的集体组织与集体成员的权利义务和行为规则,就明确了集体所有权的主体”。② 在实践中,可以将人民公社社员、户籍、是否分配承包地等作为依据,通过民主决议的方式确定农民集体成员身份。当然,在此需要区分农民集体成员和农村集体经济组织成员,虽然二者可能具有高度重合性,但仍应独立认定、建档、登记名册。

二、农用地权利体系:基于“三权分置”的体系效应

我国现行法实行土地用途管制制度,区分不同的土地类型(农用地、建设用地和未利用地)展开不同的管制政策。在“促进土地资源合理利用,构建新型农业经营体系,发展多种形式适度规模经营,提高土地产出率、劳动生产率和资源利用率,推动现代农业发展”③的总体政策目标之下,中央提出了“三权分置”的改革思想。所谓“三权分置”,就是要“要不断探索农村土地集体所有制的有效实现形式,落实集体所有权、稳定农户承包权、放活土地经营权”④,这一改革思想如何体现在法律上,学说上存在重大争议。

《民法典》“土地承包经营权”章与现阶段农业生产关系相适应,同时反映“两权分离”和“三权分置”之下的农用地利用关系。与《物权法》相关规则相比,《民法典》新增调整“三权分置”之下农用地利用关系的规则,并基于这些规则对“两权分离”之下农用地利用关系的既有规则进行了相应修改。《民法典》关于农用地权利体系的规定,既是对“三权分置”改革成果的定型化,也是基于土地利用权的生成法理对试点政策做了部分矫正。

对于“三权分置”之下的农用地权利体系,《农村土地承包法》第9条规定:“承包方承包土地后,享有土地承包经营权,可以自己经营,也可以保留土地承包权,流转其承包地的土地经营权,由他人经营。”据此,有观点认为,该条前段反映“两权分离”之下的农用地利用关系,此际的农用地权利结构为“土地所有权+土地承包经营权”;该条后段反映“三权分置”之下的农用地利用关系,此际的农用地权利结构为“土地所有权+土地承包权+土地经营权”。如此一来,同时反映“两权分离”和“三权分置”之下的农用地利用关系的权利体系就由“土地所有权+土地承包经营权+土地承包权+土地经营权”等“四权”构成。⑤ 在这里,土地承包权,是指承包方取得土地承包经营权、流转土地经营权之后所享有的剩余权利。⑥ 取得土地承包权有具备两个条件:具有本集体经济组织成员资格(成员属性);与发包方签订了承包合同,获得了承包地(财产属性)。⑦ 但《农村土地承包法》尚并未就土地承包权的性质和内容作出规定。

---

① 韩松:《论成员集体与集体成员——集体所有权的主体》,《法学》2005年第8期,第41—50页。

② 韩松:《农民集体所有权主体的明确性探析》,《政法论坛》2011年第1期,第104—116页。

③ 中共中央办公厅、国务院办公厅:《中共中央办公厅、国务院办公厅关于完善农村土地所有权承包权经营权分置办法的意见》,《中华人民共和国国务院公报》2016年第32期,第27—30页。

④ 习近平:《在中央农村工作会议上的讲话》,载中共中央文献研究室:《习近平关于全面深化改革论述摘编》,北京:中央文献出版社2014年版,第65页。

⑤ 刘振伟:《巩固和完善农村基本经营制度》,《农村工作通讯》2019年第1期,第20—24页。

⑥ 刘锐:《〈民法典(草案)〉的土地经营权规定应实质性修改》,《行政管理改革》2020年第2期,第11—17页。

⑦ 刘振伟:《巩固和完善农村基本经营制度》,《农村工作通讯》2019年第1期,第20—24页。

《民法典》如何回应学说上关于农用地权利体系的争议,即成为编纂过程中的重大问题。如依上述观点,《民法典》“土地承包经营权”章既要规定“两权分离”之下的“土地承包经营权”,又要规定“三权分置”之下的“土地承包权”和“土地经营权”。最终,《民法典》没有采纳这一观点,仅规定了“土地承包经营权”和“土地经营权”,其中,“土地承包经营权”同时调整“两权分离”和“三权分置”之下承包农户和农民集体之间的农用地利用关系。

在物权法定原则(《民法典》第 116 条)之下,土地承包经营权同时受到类型强制和类型固定的约束。《民法典》第 331 条规定:“土地承包经营权人依法对其承包经营的耕地、林地、草地等享有占有、使用和收益的权利,有权从事种植业、林业、畜牧业等农业生产。”由此可见,土地承包经营权的权利内容并无“承包”,而仅有“经营”。所谓“承包”仅仅只是表明土地承包经营权依土地承包合同而设立而已。从另外一个角度观察,土地承包经营权是承包农户利用农用地从事农业生产经营活动的用益物权。由此而决定,土地承包经营权和土地经营权都是利用农用地从事农业生产经营活动的权利,均有“经营”的内容,但并不表明承包农户在土地承包经营权之外还享有土地经营权,其就承包地享有的经营权利径称“土地承包经营权”。如此一来,土地承包经营权并不是由土地承包权和土地经营权而构成,也就无法分离、分解或分置为土地承包权和土地经营权。

依权利生成法理,从集体土地所有权派生出土地承包经营权之后,土地所有权仍然是土地所有权,仍然是物权法定原则之下浑然一体的权利,其名称和内容并未因派生出土地承包经营权而发生改变,只是集体土地所有权人行使其土地所有权受到了土地承包经营权的限制,一旦土地承包经营权因期限届满等原因而消灭,土地所有权即回复至其圆满状态。同理,土地承包经营权派生出土地经营权之后,土地承包经营权也仍然是土地承包经营权,仍然是物权法定原则之下浑然一体的权利,其名称和内容也不因派生出土地经营权而发生改变,只是承包农户行使其土地承包经营权受到了土地经营权的限制,一旦土地经营权因期限届满、合同解除等原因而消灭,土地承包经营权即回复至其圆满状态。所以,在土地承包经营权派生出土地经营权之后,法律上无须就土地承包经营权的剩余权利单独规定其名称和内容。① 由此可见,“三权分置”只是在“两权分离”所产生的土地承包经营权的基础上再派生出土地经营权,②也就是说,农用地权利体系应当是“土地所有权→土地承包经营权→土地经营权”。如此可以反映“两权分离”和“三权分置”并存下的生产关系,在法律上只需确定新生的土地经营权的性质和内容即可。在解释上,《农村土地承包法》第 9 条中出现的“土地承包权”,就是派生出土地经营权之后的土地承包经营权的便宜称谓,并不表明农用地权利体系中还存在着一个“土地承包权”。③ 正是依循这一逻辑,《民法典》“土地承包经营权”章不再规定所谓的“土地承包权”。由此,《民法典》上的农用地权利体系由土地所有权、土地承包经营权和土地经营权等三种权利构成。④

在《民法典》上的农用地权利体系中,与既有规则相比,变化最大的是土地承包经营权的相关规则。在《物权法》和原《农村土地承包法》之下,虽然土地承包经营权也带有强烈的身份属性,但基于适度规模经营的需要,也有限地突破了这一限制。就土地承包经营权的设立(一级市场)而言,《物权法》和原《农村土地承包法》规定了两种形式的土地承包经营权——以家庭承包方式取得的土地承包经营权和以招标、拍卖、公开协商等其他承包方式取得的土地承包经营权,其中,后者的权利主体“不仅仅局限于农村集体经济组织内部成员”,“非本集体经济组织的外村农户、其他组织等从事农业生产经营者”均可

---

① 高圣平:《承包地三权分置的法律表达》,《中国法学》2018 年第 4 期,第 261—281 页。

② 杜涛:《民法典物权编的主要制度与创新》,《中国人大》2020 年第 14 期,第 38—39 页。

③ 房绍坤:《〈农村土地承包法修正案〉的缺陷及其改进》,《法学论坛》2019 第 5 期,第 5 页。

④ 高圣平:《农地三权分置改革与民法典物权编编纂——兼评〈民法典各分编(草案)〉物权编》,《华东政法大学学报》2019 年第 2 期,第 14—24 页。

取得。就土地承包经营权的流转(二级市场)而言,《物权法》和原《农村土地承包法》对受流转方并未作限制,只要具有农业生产经营能力的主体均可受让。由此,土地承包经营权的取得和享有并不仅限于本集体经济组织的承包农户。基于此,《物权法》将土地承包经营权的主体明确界定为“土地承包经营权人”,“不仅高度概括了各类承包经营权的主体,也使得《物权法》的主体范畴更具有包容性。”①

但在“三权分置”之下,土地承包经营权是巩固和完善农村基本经营制度的基础,置重于农用地的社会保障功能,强调农用地在本集体成员之间的公平分配,其身份属性至为明显,仅有本集体经济组织的承包农户才能取得和享有。“农村集体土地应该由作为集体经济组织成员的农民家庭承包,其他任何主体都不能取代农民家庭的土地承包地位,不论承包经营权如何流转,集体土地承包权都属于农民家庭。”②而土地经营权是承包农户和经营主体之间农用地权利的再次配置,释放承包地的财产功能,强调生产要素的市场化配置,由此,土地经营权成为市场化的财产权利,其权利主体除了具有农业生产经营能力之外,并无其他限制,其自由流转解决了承包地的抛荒、适度规模经营以及抵押融资等问题。

“三权分置”之下的农用地权利体系必然影响到“两权分离”之下土地承包经营权的内容。在《民法典》所规定的“土地承包经营权”同时反映“两权分离”和“三权分置”之下的农用地利用关系的情形之下,更是如此,因为同一部法律中使用的同一法律术语应尽量维持同样的法律含义。此前关于土地承包经营权身份属性的有限突破,即失去了正当性。基于此,《民法典》和《农村土地承包法》从以下几个方面纯化了土地承包经营权的身份属性:其一,就一级市场而言,《民法典》将“以招标、拍卖、公开协商等方式取得的土地承包经营权”重构为土地经营权。这种意义上的土地承包经营权已经属于市场化的权利,脱逸出了主体的身份属性,不能由《民法典》下的土地承包经营权所能涵盖,与“三权分置”之下新生的权利——土地经营权意义相当。③ 如此一来,土地经营权的权源除了土地承包经营权之外,增加了土地所有权。不过,自集体土地所有权派生出土地经营权的情形仅限于“不宜采取家庭承包方式的荒山、荒沟、荒丘、荒滩等农村土地”。其二,就二级市场而言,《农村土地承包法》将土地承包经营权转让的对象规定为“本集体经济组织的其他农户”,严格限制通过二级市场取得土地承包经营权的主体范围。如此一来,《民法典》第 331 条所规定的“土地承包经营权人”应结合《农村土地承包法》第 16 条第 1 款,限缩解释为“本集体经济组织的农户”。

完善农村基本经营制度的关键是“赋予经营主体更有保障的土地经营权”,“保障其(土地经营权人)有稳定的经营预期”。④ 市场主体是否取得稳定的经营预期,取决于法律上对土地经营权的定性。《民法典》首先明确了土地经营权的权利内容:在约定的期限内占有农村土地,自主开展农业生产经营并取得收益(第 340 条)。与《民法典》第 331 条所规定的土地承包经营权的权利内容相比,两者之间并无多少差异。两者之间的差异主要体现在因是否具有身份属性带来的权利主体上的区别,以及由此引发的权利人处分其权利所受限制的不同。土地承包经营权的权利主体只能是承包农户,其转让对象也就仅限于本集体经济组织内部;土地经营权的权利主体不受限制,其处分方式和对象也不受限制,但应经出让方同意。

《民法典》第 341 条与《农村土地承包法》第 41 条的规定相比,《民法典》增加了“土地经营权,自流转合同生效时设立”的规定,在一定程度上似乎明确了“流转期限为五年以上的土地经营权”的权利性质。该表述与《民法典》有关登记对抗主义之下的物权相当,例如《民法典》第 374 条与第 403 条的规

---

① 王利明:《物权法研究》(下卷)(第四版),北京:中国人民大学出版社 2016 年版,第 807 页。

② 中共中央宣传部:《习近平总书记系列重要讲话读本》,北京:学习出版社、人民出版社 2016 年版,第 156 页。

③ 高海:《论农用地“三权分置”中经营权的法律性质》,《法学家》2016 年第 4 期,第 42—52 页。

④ 中共中央办公厅、国务院办公厅:《关于完善农村土地所有权承包权经营权分置办法的意见》,《中华人民共和国国务院公报》2016 年第 32 期,第 27—30 页。

定。在解释上,地役权和动产抵押权均属物权,只不过采行债权意思主义物权变动模式而已。① “流转期限为五年以上的土地经营权”似乎应作同样的解释,即在性质上属于物权,如已经登记,则可对抗第三人;如未登记,则不得对抗善意第三人,但可以对抗无担保债权人和恶意第三人。②

但这一解释方案使得土地经营权的性质和效力更为复杂,在一定程度上违反了《民法典》第 116 条所规定的物权法定原则。这一解释方案形成了土地经营权的三种不同的效力层次:其一,流转期限为 5 年以下的土地经营权在性质上属于债权,其效力仅在土地经营权流转合同当事人之间发生;其二,流转期限为 5 年以上且已登记的土地经营权在性质上属于物权,其效力可以对抗所有第三人;其三,流转期限为 5 年以上但未登记的土地经营权在性质上属于物权,其效力仅可对抗部分第三人(无担保债权人、恶意第三人),不得对抗善意物权人。由此带来的体系冲突就是,在物权法定原则之下,物权的种类(名称)由法律规定,土地经营权既已界定为物权,所谓债权性的“土地经营权”就不能再称之为土地经营权。民法学基本理论上也不存在既属物权又属债权的民事权利。

《民法典》和《农村土地承包法》上以“土地经营权”一体反映非承包方的经营主体对农用地的利用关系,不宜作不同的定性。土地经营权的物权、债权二元化区分决定了,立法者在规则设计上难以抽象出土地经营权统一的权利内容、效力、公示方法,同时也无法形成其他市场主体的信赖外观。③ 在鼓励以多种形式进行土地经营权流转的背景下,农用地利用关系在各种形式之间的稳定性需求也就存在差异。《民法典》《农村土地承包法》将这些流转形式定为明文——“出租(转包)、入股或者其他方式”,鼓励土地经营权流转的创新实践,自无法统一确定其稳定性需求,将其定性为债权,更符合立法原意。从《农村土地承包法》第二章第四节“土地经营权”的内容来看,土地经营权人投资改良土壤,建设农业生产附属、配套设施,再流转土地经营权,向金融机构融资担保,均需取得承包农户的同意或书面同意(第 43 条、第 46 条、第 47 条),债权性质至为明显。

从《民法典》第 341 条的内容看,该条主要是土地经营权设立时间和登记对抗效力的规定,并不涉及土地经营权性质之规定内容。“本条虽提及流转期限为 5 年以上的土地经营权之设立和登记对抗效力,主要在于引导土地经营权合同当事人基于自身利益考量作出民事法律行为,以保护当事人的权益。而对土地经营权性质的确定,以其是否进行登记而进行不同类别之划分,法理依据并不充分。”④赋予土地经营权以登记能力,并不能得出登记的土地经营权即属物权、未登记的土地经营权即属债权的结论,也不能得出流转期限为 5 年以下的土地经营权属于债权、流转期限为 5 年以上的土地经营权属于物权的结论。并非所有登记在不动产登记簿上的不动产权利都是物权,只要具有对抗效力的不动产权利均可赋予其登记能力。⑤ 赋予部分土地经营权以登记能力,仅仅只表明立法者意欲借由登记赋予此部分土地经营权以对抗效力,以此稳定土地经营权人的经营预期,并使土地经营权人能够以其权利担保融资。

将土地经营权单纯定性为债权,无法形成经营主体的稳定经营预期。经营主体取得稳定的经营预期的最为理想的模式,是将其取得的土地经营权定性为物权,因为物权性的农用地利用关系可以巩固当事人之间的法律关系,并可以对抗第三人。但基于土地经营权主要反映的是农用地出租等债权性流转

---

① 王利明:《物权法研究》(下卷)(第四版),北京:中国人民大学出版社 2016 年版,第 228 页。

② 黄薇主编:《中华人民共和国民法典解读·物权编》,第 439—441 页。

③ 高圣平:《承包地三权分置的法律表达》,《中国法学》2018 年第 4 期,第 261—281 页。

④ 最高人民法院民法典贯彻实施工作领导小组主编:《中华人民共和国民法典物权编理解与适用(下)》,北京:人民法院出版社 2020 年版,第 711 页。

⑤ 鲍尔、施蒂尔纳:《德国物权法》(上册),张双根译,北京:法律出版社 2004 年版,第 292 页。

的事实①,以及土地经营权因租金年付制所具有的不稳定因素,在法体系之下,不宜将其界定为物权。② 登记制度的引入提供了可供选择的技术路径。土地经营权在性质上虽然属于债权,但经由不动产登记簿的记载,自可明晰经营主体对于农村土地的利用关系,使得土地经营权确定化。第三人通过不动产登记簿即可查知特定农村土地之上的权利负担,从而做出理性的商业判断。由此可见,经登记的土地经营权不仅在当事人之间发生法律效力,而且还被赋予一定的支配和排他效力,可以对抗第三人。

三、建设用地权利体系:基于用途管制的类型化

建设用地是指"建造建筑物、构筑物的土地,包括城乡住宅和公共设施用地、工矿用地、交通水利设施用地、旅游用地、军事设施用地等"(《土地管理法》第 4 条第 3 款)。民事主体利用建设用地建造建筑物、构筑物,无法取得土地所有权,而只能取得土地所有权之上所设立的建设用地利用权。《民法典》上为实现不同的管制目标,就建设用地利用权作了两种不同的类型区分:建设用地使用权和宅基地使用权,其中,前者以利用他人土地建造并保有建筑物、构筑物为内容;后者以利用集体土地建造并保有住宅为特征。

(一)集体建设用地使用权

从《民法典》"建设用地使用权"章第 344 条的规定可见,建设用地使用权系在国有土地之上设定,似已排除集体土地之上设定建设用地使用权的可能。③ 但在同一章的第 361 条规定:"集体所有的土地作为建设用地的,应当依照土地管理的法律规定办理。"④如此即生解释上的疑问。有观点认为,第 361 条"无非是告诉人们集体土地用作建设用地适用土地管理法等法律的规定",《民法典》上没有规定集体建设用地使用权。⑤ 集体建设用地使用权属于《土地管理法》上广义的建设用地使用权⑥,与国有建设用地使用权在取得方式、利用限制和价值取向上均存较大差异,不能由《民法典》建设用地使用权所能涵盖。⑦

笔者认为,从《民法典》第 361 条位于"建设用地使用权"章的体系位置上看,《民法典》已经将"集体建设用地使用权"确立为"建设用地使用权"的亚种类物权。该条的文义仅仅只是表明,这类特殊的建设用地使用权适用"土地管理的法律规定"。在解释上,《民法典》中关于建设用地使用权的规定属于一般规定,"土地管理的法律"(主要是指《土地管理法》《城市房地产管理法》等)中关于集体建设用地使用权的规定属于特别规定。按照《立法法》所确立的"特别规定优于一般规定"的法适用规则,"土地管理的法律"应当优先适用。在"土地管理的法律"没有特别规定且不违反特别管制目的的情形之下,如集体建设用地使用权的设立登记、变更和注销登记、"房地一体处分"、受让人的使用期限、地上建筑物所有权归属的推定等,自应适用或类推适用《民法典》关于建设用地使用权的一般规定。对此,《土地管理法》第 63 条第 3 款也规定,集体建设用地使用权的出让及其最高年限、转让、互换、出资、赠与、抵押等,参照同类用途的国有建设用地执行。在"建立城乡统一的建设用地市场,在符合规划和用途管制

---

① 目前,承包地流转实践中,出租和转包占到总流转面积的 78.6%。参见孙中华:《关于农村土地"三权分置"有关政策法律性问题的思考》,《农业部管理干部学院学报》2015 年第 1 期,第 1—5 页。

② 我国《民法典》上将承租人基于租赁合同所取得的权利定性为债权。

③ 温世扬:《集体经营性建设用地"同等入市"的法制革新》,《中国法学》2015 年第 4 期,第 66—83 页。

④ 这一衔接性规定主要是考虑到集体建设用地制度改革正在推进过程中,在作为民事基本法的《民法典》中不便作出明确规定。参见宋志红:《集体建设用地使用权设立的难点问题探讨——兼析〈民法典〉和〈土地管理法〉有关规则的理解与适用》,《中外法学》2012 年第 4 期,第 1042—1061 页。

⑤ 韩松:《论农村集体经营性建设用地使用权》,《苏州大学学报(哲学社会科学版)》2014 年第 3 期,第 70—75 页。

⑥ 刘保玉:《物权法学》,北京:中国法制出版社 2007 年版,第 255 页。

⑦ 温世扬主编:《物权法教程》,北京:法律出版社 2007 年版,第 128—129 页。

前提下,允许农村集体经营性建设用地出让、租赁、入股,实行与国有土地同等入市、同权同价”①的政策目标之下,集体建设用地使用权和国有建设用地使用权的规则亦应尽量统一。

2019 年《土地管理法》删除了原第 43 条关于“任何单位和个人进行建设,需要使用土地的,必须依法申请使用国有土地”的规定,为集体建设用地进入建设用地一级市场扫清了障碍。从《土地管理法》的内容来看,存在三种不同的集体建设用地使用权:乡镇企业用地使用权(第 59 条、第 62 条)、乡(镇)村公共设施和公益事业用地使用权(第 59 条、第 61 条)、集体经营性建设用地使用权(第 63 条)。其中,前两种应当符合乡(镇)土地利用总体规划和土地利用年度计划,并依照规定办理审批手续(第 59 条);后一种应当是土地利用总体规划、城乡规划确定为工业、商业等经营性用途,并经依法登记(第 63 条)。在解释上,农村集体经济组织使用乡(镇)土地利用总体规划确定的建设用地兴办企业或者与其他单位、个人以土地使用权入股、联营等形式共同举办企业,企业尚须取得集体建设用地使用权,亦属经营用途,理应由集体经营性建设用地使用权所涵盖,《土地管理法》上将其作为独立于集体经营性建设用地使用权的一类集体建设用地使用权,并采取不同的管制路径,只能归因于《土地管理法》的修正而非修订的立法路径,对原有制度并未进行体系化的整合。如此带来的后果是,乡镇企业用地使用权比起集体经营性建设用地使用权,受到了更多的管制。

就集体建设用地一级市场,《土地管理法》不再将集体经营性建设用地入市局限在存量建设用地,为统一建设用地市场提供了制度支撑。与《民法典》相比,《土地管理法》上规定了集体经营性建设用地进入一级市场的特别条件:

其一,符合规定的用途。《土地管理法》第 61 条第 1 款规定,“土地利用总体规划、城乡规划确定为工业、商业等经营性用途”的集体经营性建设用地方可进入建设用地一级市场,而《民法典》第 347 条第 2 款列举的经营性用地,包括“工业、商业、旅游、娱乐和商品住宅等”。入市集体土地的用途仅限于“工业、商业等经营性用途”,“不属于上述用途的,不得入市流转”。② “经营性建设用地”并无准确的法律界定。《招标拍卖挂牌出让建设用地使用权规定》将其例示为“工业、商业、旅游、娱乐和商品住宅等”;试点政策将其列举为“工矿仓储、商服等” ③;2018 年 8 月,原国土资源部、住建部已批准在北京、上海等 13 个城市开展利用集体建设用地建设租赁住房试点,进一步拓展了集体建设用地的用途空间。为使《土地管理法》既反映新一轮土地制度改革的成果,又为未来发展留下制度空间,宜将本款“工业、商业等经营性用途”中的“等”解释为“等外等”,亦即,本款所列举的经营性用途并未穷尽集体建设用地的利用用途,随着土地制度改革的逐渐深入,自可不断探索集体建设用地的利用用途。例如目前北京试点利用集体建设用地兴建“两限”住房,亦可在《土地管理法》第 61 条第 1 款之下获得正当性,无须经全国人大常委会授权暂停实施《土地管理法》的相关规定。

其二,权属清晰。就国有建设用地使用权而言,其所依附的国家土地所有权的权属在解释上是清晰的,《民法典》第 209 条规定“依法属于国家所有的自然资源,所有权可以不登记”。与之相比,集体土地所有权的权利主体是“集体”,产权情况更为复杂,涉及的利益关系较多。因此,《土地管理法》第 61 条第 1 款规定,只有“经依法登记的集体经营性建设用地”方可进入建设用地一级市场。尚存疑问的是,本款中“经依法登记的集体建设用地”,指的是集体建设用地所有权登记还是集体建设用地使用权登记? 按照现行登记规则,应是先有土地所有权人与用地者之间的出让、出租合同,基于合同再办理集体建设用地使用权设立登记,则这里“经依法登记的”应是集体建设用地的所有权。集体建设用地所有权

---

① 《中共中央关于全面深化改革若干重大问题的决定》,《求是》2013 年第 22 期,第 3—18 页。

② 魏莉华等:《新土地管理法学习读本》,北京:中国大地出版社 2019 年版,第 129 页。

③ 2014 年 12 月 31 日中共中央办公厅、国务院办公厅《关于农村土地征收、集体经营性建设用地入市、宅基地制度改革试点工作的意见》。

的主体不具有唯一性,不同集体之间土地所有权存在借由登记明确其权属的必要。只有集体建设用地所有权先登记的情形之下,集体建设用地使用权作为集体建设用地所有权之上的权利负担才能登记,这是不动产登记法上先登记原则①的当然反映。②

其三,集体依法决策。《土地管理法》第 61 条第 2 款作出集体民主决策的规定,主要是为了保障本集体成员的知情权和决策权,并与《村民委员会组织法》规定的集体决策程序相衔接。③ 但在解释上,出让、出租集体经营性建设用地使用权属于“土地所有权人”的权利(第 61 条第 1 款),这里的土地所有权人即为“集体”。根据《民法典》第 261 条第 2 款的规定,有关集体财产的重大事项应当依照法定程序经本集体成员决定。“出让、出租集体经营性建设用地使用权”即属该款第 4 项所定“法律规定的其他事项”,如此,应由本集体成员决定。正如本文前述,在设立了集体经济组织的前提下,应由集体经济组织代行集体土地所有权,仅在未设立集体经济组织的前提下,才由村民委员会或者村民小组代行集体土地所有权。《土地管理法》第 61 条第 2 款直接由村民委员会代表集体行使所有权,直接违背了《民法典》的规定。不过,在集体经济组织成员大会与村民大会的组成高度重合,且很多村组并未设立集体经济组织的情形之下,这一规则的适用不会影响实际结果。

就集体建设用地二级市场,《土地管理法》第 61 条第 3 款、第 4 款和《民法典》第 353 条的规定,改变了《土地管理法》原第 63 条将集体建设用地二级市场局限在破产、兼并等情形下的规定,确认和扩展了权利人的处分权能,有利于充分实现集体土地的市场价值。与《民法典》相比,《土地管理法》第 61 条第 3 款就集体经营性建设用地使用权的流转方式与国有建设用地使用权相同,但除外中增加了“行政法规另有规定”“土地所有权人、土地使用权人签订的书面合同另有约定”。其中,前者为《土地管理法实施条例》和《集体经营性建设用地管理条例》作出例外规定提供上位法依据,后者在未登记的情况下应不能对抗善意第三人,否则有碍交易安全,并与促进该权利依法流转的立法目的不符。

(二)宅基地使用权

宅基地使用权是《民法典》上规定的一类比较特殊的用益物权。其特殊性主要体现在:其一,宅基地使用权具有无偿取得、无期限限制的特点,不同于《民法典》上的其他用益物权。即使是同样具有无偿性的土地承包经营权,也有期限的限制。这一特点与宅基地的居住保障功能直接相关。其二,宅基地使用权具有身份性④,其取得和保有均以主体具有本集体经济组织成员身份为前提。其三,宅基地使用权依申请—审批程序而取得,不采取不动产物权变动的基本模式,不存在宅基地使用权设立合同,也不以宅基地使用权登记为前提。

就宅基地使用权的取得,《民法典》第 363 条这一转介条款将宅基地使用权的取得规则,指向了《土地管理法》及国家有关规定。这里的“国家有关规定”包括了除《土地管理法》等法律之外的行政法规,国务院有关通知、决定、意见等规范性文件,国务院各组成部门的规范性文件,地方性法规和其他规范性文件,以及试点改革文件。《土地管理法》第 62 条第 4 款确立了宅基地使用权的申请—审批制度。基于“放管服”改革的需要,《土地管理法》下放了宅基地审批权限,减少了审批环节,缩短了审批时间。

除此之外,宅基地使用权的取得颇受限制。《土地管理法》第 62 条第 1 款规定了“一户一宅”,指的是“农村居民一户只能申请一处符合规定面积标准的宅基地”。⑤但在土地资源稀缺地区,受建设用地

---

① 先登记原则是指不动产权利的各项变动均应以初始登记作为基础。参见孙宪忠:《不动产登记基本范畴解析》,《法学家》2014 年第 1 期,第 12—25 页。

② 高圣平:《论集体建设用地使用权的法律构造》,《法学杂志》2019 年第 4 期,第 70—75 页。

③ 魏莉华等:《新土地管理法学习读本》,北京:中国大地出版社 2019 年版,第 129 页。

④ 陈小君等:《田野、实证与法理——中国农村土地制度体系》,北京:北京大学出版社 2012 年版,第 128 页。

⑤ 2010 年《国土资源部关于进一步完善农村宅基地管理制度切实维护农民权益的通知》; 岳永兵:《农村“一户一宅”制度探析》,《中国土地》2016 年第 8 期,第 31—33 页。

指标限制,很难提供足够的土地用于农民建房,“一户一宅”的农村住房保障形式难以为继。① 有鉴于此,《土地管理法》第 62 条第 2 款规定了“户有所居”的规则,这就是说,“一户一宅”不再是“一户拥有一处宅基地”,而是“一户拥有一处住宅”;要以多种形式贯彻“一户一宅”政策,公平地实现宅基地的住房保障功能。

就宅基地使用权的流转,《土地管理法》第 62 条第 6 款规定:“鼓励农村集体经济组织及其成员盘活利用闲置宅基地和闲置住宅。”《中共中央、国务院关于实施乡村振兴战略的意见》提出了宅基地“三权分置”的改革思想,强调“适度放活宅基地和农民房屋使用权”,借助宅基地权利分置,在一定程度上破除宅基地使用权的身份属性,以此达到有效利用闲置宅基地和农房的目标。宅基地“三权分置”政策提出之后,“各有关方面对宅基地所有权、资格权、使用权的权利性质和边界认识还不一致,有待深入研究。”②笔者认为,虽然承包地和宅基地的性质和功能不一样,但权利分置的法理是一样的。在《农村土地承包法》就农用地“三权分置”的法律表达已作政策选择的前提之下,宅基地“三权分置”亦可作类似处理。③ 从宅基地用益物权权能完善的视角,应根据受让对象的不同实行有差别的交易规则:受让人为本集体经济组织成员之时,可以取得宅基地使用权,相应地,转让人丧失宅基地使用权;受让人非为本集体经济组织成员之时,仅取得宅基地使用权的租赁权,相应地,转让人并不丧失宅基地使用权。这一规则体现了宅基地“三权”分置的基本思想。宅基地使用权是宅基地所有权派生出来的财产权利,但只有本集体经济组织成员才能取得和享有,由此而决定,宅基地使用权并不是一种市场化的权利,这也限制了发挥其财产属性的途径和方法。在宅基地“三权”分置之下,通过从宅基地使用权派生出宅基地使用权的租赁权或利用权,将后者定性为市场化的权利,宅基地使用权无论是抵押,还是转让,最终非本集体经济组织成员的受让人仅取得宅基地使用权的租赁权或利用权,宅基地使用权仍然由原集体经济组织成员享有。如此,虽然宅基地产权结构相较“两权”分离更为复杂,但却在一定程度上彰显了宅基地使用权的财产属性。④

四、结　语

在《民法典》之下,集体土地所有权、土地承包经营权、集体建设用地使用权、宅基地使用权的归属相对清晰,各有其权利主体。但如何在此前提下提高农村土地的利用效率,促进适度规模经营的发展,构建更加完善的要素市场化配置体制机制,是摆在我们面前的重大命题。《民法典》在一定程度上反映了新一轮农村土地制度改革的成果,将其中可复制、可推广的成熟经验上升为法律。例如就土地经营权的规定,即巩固了“三权分置”改革的成果,为下一步提高农用地利用效率、促进农业现代化提供了法律支撑。但针对新一轮农村土地制度改革中尚未取得预期效果的,《民法典》则未作出具体、明确的规定,但也留下了进一步改革的空间。例如,就宅基地制度改革,农民住房财产权抵押贷款试点工作尚未达到既定的改革绩效,《民法典》中就没有放开宅基地使用权抵押⑤;宅基地“三权分置”的改革政策于 2018

---

① 贺达水、高强:《农村宅基地制度改革研究》,《理论探索》2018 年第 4 期,第 86—91 页。

② 《国务院关于农村土地征收、集体经营性建设用地入市、宅基地制度改革试点情况的总结报告——2018 年 12 月 23 日在第十三届全国人民代表大会常务委员会第七次会议上》,《中华人民共和国全国人民代表大会常务委员会公报》2019 年第 1 期,第 289—291 页。

③ 高圣平:《宅基地制度改革与民法典物权编编纂——兼评〈民法典物权编(草案二次审议稿)〉》,《法学评论》2019 年第 4 期,第 108—117 页。

④ 高圣平:《宅基地制度改革政策的演进与走向》,《中国人民大学学报》2019 年第 1 期,第 23—33 页。

⑤ 《国务院关于全国农村承包土地的经营权和农民住房财产权抵押贷款试点情况的总结报告——2018 年 12 月 23 日在第十三届全国人民代表大会常务委员会第七次会议上》,《中华人民共和国全国人民代表大会常务委员会公报》2019 年第 1 期,第 289—291 页。

年刚刚提出,尚无法判断相关试点政策能否取得良好的社会、经济效益,《民法典》就此也没有规定,但明确“宅基地使用权的取得、行使和转让,适用土地管理的法律和国家有关规定”,其中“国家有关规定”的高度涵盖性,足以囊括下一步宅基地“三权分置”改革的试点文件。为破除阻碍要素自由流动的体制机制障碍,扩大要素市场化配置范围,健全要素市场体系,推进要素市场制度建设,《民法典》就集体建设用地使用权作出援引性规定,为城乡统一建设用地市场的建立健全、公平合理的集体经营性建设用地入市增值收益分配制度的探索留下了空间。

China's *Civil Code* and Rural Land Rights System: from Ownership to Utilization

Gao Shengping

(*Civil and Commercial Legal Science Research Center*, *Renmin University of China*, *Beijing* 100872, *China*)

Abstract: Based on the achievements made in the new round of land system reform, China's *Civil Code* has reconstructed the rural land rights system. In terms of ownership, China's *Civil Code* firstly makes it clear that the subject of the collective land ownership is "peasant collective", but the collective economic organization exercises the land ownership on behalf of the peasant collective. If no collective economic organization is established, then the villagers committee or the villagers group exercises the land ownership on behalf of the peasant collective. Secondly, China's *Civil Code* emphasizes the identity attributes of the right to land contracted management and the right to homestead land use, embodying the goal of social security. At the same time, in order to regulate the relationship in the utilization of rural land, the right to land management is established in China's *Civil Code*, embodying the basic spirit of the reform of "the separation of three rights" to agricultural land. The legal application of the right to construction land use is stipulated to provide legal support for the establishment and improvement of a unified construction land market in urban and rural areas. And it is made clear that the acquisition, exercise and transfer of the right to homestead land use should apply the laws and relevant national regulations for land management, leaving room for the reform of "the separation of three rights" to homestead land use.

Key words: collective land ownership, right to land contracted management, right to land management, right to construction land use, right to homestead land use

(责任编辑　管　琴)